

UZASADNIENIE

Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. wniosła w pozwie z dnia 5 stycznia 2017r. o zasądzenie od pozwanego „ (...) im. (...) Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. na rzecz powoda kwoty 500.000 złotych tytułem odszkodowania za utracone korzyści wraz z ustawowymi odsetkami za opóźnienie w płatności liczonymi od dnia 2 maja 2012 r. oraz o zasądzenie od pozwanego na rzecz powoda kosztów postępowania sądowego, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych (pozew k. 3-5 akt).

Uzasadniając żądanie pozwu, powód podał, że pozwany prowadził postępowanie o udzielenie zamówienia niepublicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego - znak postępowania: (...)/12/09 w przedmiocie przygotowania oraz realizacji działań informacyjnych na temat działalności zarządzania lotniskiem przez (...) w latach 2012 - 2015. Postępowanie to zostało unieważnione. Następnie pozwany powtórnie przeprowadził postępowanie w tym samym przedmiocie (znak postępowania: (...)/12/23), ogłaszając o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego na przygotowanie oraz realizację działań informacyjnych na temat działalności zarządzania lotniskiem przez (...) w latach 2012- 2015. W wyniku postępowania nr (...)/12/23 wybrano ofertę (...) s.c. M. G. (1), P. K. (1), uzasadniając, że w/w wykonawca złożył najkorzystniejszą ofertę oraz spełnił wszystkie wymagania postępowania. W postępowaniu oprócz w/w ofert wpłynęła tylko oferta powoda. Powód nie został wykluczony od udziału w postępowaniu. Już po ogłoszeniu wyniku postępowania przetargowego powód powziął wątpliwości w przedmiocie prawidłowości wyboru oferty konkurencyjnej firmy. Z informacji uzyskanych przez powodową spółkę wynikało, że firma, która wygrała przetarg nie wpłaciła wadium w terminie (wadium wpłacono po terminie otwarcia ofert), a tym samym powinna być wykluczona z postępowania. Na skutek zaniedbań ze strony pozwanego tak się nie stało. Doszło tym samym do rażącego naruszenia przepisów, za co odpowiedzialność ponosi pozwany. Zgodnie z ogłoszeniem o udzieleniu zamówienia zamawiający wymagał wyniesienia wadium w wysokości 30.000 zł. Nadto, w ocenie powoda, wygrany nie był w stanie zrealizować zamówienia od strony technicznej.

Powód podał, że dotarł do dokumentacji audytu wewnętrznego powódki, z której jednoznacznie wynika, że zwycięzca przetargu powinna być powodowa spółka. Powód próbował najpierw wyjaśnić sprawę z przedstawicielami pozwanego, jednakże bezskutecznie.

Powód podkreślił, że na skutek zaniedbań pozwanego w procesie wyboru najkorzystniejszej oferty, nie zbadano, czy wszystkie oferty spełniają wymagania formalne udziału w postępowaniu, przez co doszło do nieuprawnionego wyboru oferty innego kontrahenta zamiast oferty powoda. **Tym samym, szkodą poniesioną przez powód pozostają utracone korzyści, jakich powód nie uzyskał na skutek wadliwego wyboru innej oferty.** Pomiędzy zachowaniem pozwanego, a szkodą stanowiącą utracony zysk powoda istnieje normalny związek przyczynowy w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. **Gdyby wybrana została oferta powoda, otrzymywałby on miesięczne wynagrodzenie za świadczenie usług w wysokości 37.380,00 złotych netto przez okres od dnia 01.07.2012 r. do 31.12.2015 r., tj. 42 miesiące. Czysty zysk netto powoda, po odliczeniu kosztów związanych z realizacją zadania, w całym okresie wyniósłby 500.000 zł.** Na takim poziomie powód zakładał bowiem marżę z tego zadania we wskazanym powyżej okresie. Tym samym, uzasadnione jest żądanie pozwu. Jednocześnie z ostrożności procesowej, na wypadek kwestionowania przez pozwanego wysokości dochodzonego roszczenia, powód wniósł o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy majątkowego na okoliczności wskazane w petitum pozwu.

Nadto wskazał, że szkoda w postaci *lucrum cessans* co do zasady ma zawsze charakter hipotetyczny i przez to do końca nieweryfikowalny. Nie można bowiem mieć z reguły pewności, czy dana korzyść zostałaby osiągnięta przez poszkodowanego, gdyby nie zdarzenie szkodzące. Nie ulega więc wątpliwości, że wówczas zasadnym jest skorzystanie przez Sąd z uprawnienia zawartego w art. 322 k.p.c. przy ustalaniu wysokości odszkodowania należnego stronie z tytułu utraconych korzyści. Datą początkową roszczenia o odsetki ustawowe jest data wyrządzenia szkody, a więc data ogłoszenia o wyborze innej niż oferta powoda, nie spełniającej warunków udziału w postępowaniu (pozew k. 3-5 akt).

Pozwany „(...) im. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. **w odpowiedzi na pozew** wniósł o oddalenie powództwa i zasądzenie od powoda na rzecz pozwanego kosztów procesu według norm przepisanych (odpowiedź na pozew k. 146-155 akt).

Pozwany w odpowiedzi na pozew zakwestionował roszczenie pozwu w całości zarówno co do zasady, jak i z ostrożności procesowej, co do wysokości jako nadmiernego oraz podniósł zarzut **przedawnienia** zgłoszonych pozwem roszczeń. Pozwany podnosi również, że powód nie wskazał, co składać miałyby się na koszt uzyskania przychodu z tytułu realizacji zamówienia, ani nie przedłożył na tę okoliczność dowodów. Powód nie wskazał żadnych okoliczności uzasadniających wyliczenie szkody (poza wynagrodzeniem miesięcznym i czasem trwania umowy o zamówienie), ani nie złożył dowodów na okoliczność wysokości utraconych korzyści, oprócz dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy majątkowego z zakresu szacowania wartości przedsięwzięcia.

Pozwany podkreślił, że kwestie ustalenia wysokości szkody w postaci utraconego zysku winny być oparte na urealnionych danych rynkowych, kosztach realizacji zamówienia i przewidzianego wynagrodzenia i ewentualnie określone przez biegłego sądowego.

W ocenie pozwanego, wobec nie przedłożenia przez powoda żadnych dowodów na określenie kosztów, jakie wiązać się mogą z realizacją przedmiotu zamówienia przez powoda (który musiał je szacować składając ofertę, celem ustalenia przewidywanego zysku) nie będzie możliwości wydania w tym zakresie opinii przez biegłego sądowego. Dla przeprowadzenia dowodu z opinii biegły sądowy zapoznać musiałby się bowiem, chociaż z dokumentacją księgową, kadrową czy zeznaniami świadków wskazującymi na wiążące się z realizacją zamówienia koszty. Powód nie złożył w tym zakresie stosownych wniosków dowodowych a złożenie ich na obecnym etapie postępowania uznać należy za spóźnione. Określenie zaś w niniejszym postępowaniu wysokości szkody w oparciu o art. 322 k.p.c. jest w ocenie pozwanego, nieuprawnione. Powód bowiem upatruje powstania szkody w niewykonaniu przez niego skonkretyzowanego stosunku zobowiązaniowego, którego wszelkie warunki są znane. Treść umowy i jej elementy wyznacza wzór umowy o zamówienie publiczne i oferta powoda. Przedmiot zamówienia, czas trwania umowy i wynagrodzenie z tytułu jej realizacji są ściśle określone. Powód funkcjonuje w określonej sytuacji rynkowej i gospodarczej.

W ocenie pozwanego, udowodnienie hipotetycznej szkody jest możliwe, w niniejszej sprawie istnieją odpowiednie środki dowodowe zdadne do ustalenia wysokości żądanej sumy, a norma art. 322 k.p.c. nie zwalnia powoda z obowiązku wskazania środków dowodowych niezbędnych do udowodnienia wysokości dochodzonego roszczenia (odpowiedź na pozew k. 146-155 akt).

Sąd Okręgowy ustalił następujący stan faktyczny:

Pozwany (...) im. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. zajmuje się przede wszystkim transportem lotniczym (dowód: wypis z KRS-u pozwanego k. 6-16 akt).

Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. zajmuje się działalnością usługową w zakresie technologii informatycznych, komputerowych, produkcji elementów elektronicznych, robót budowlanych, budowy linii telekomunikacyjnych, elektroenergetycznych, instalacji elektrycznych, reklamą (dowód: wypis z KRS-u powoda k.16-21 akt).

Pozwany postanowił zorganizować akcję reklamową na temat działalności lotniska, mającą na celu rozpropagowanie informacji na temat połączeń lotniczych z (...). Akcja marketingowa i informacyjna miała dotyczyć lat 2012-2015. Przygotowywaniem postępowań przetargowych zajmował się u pozwanego M. Z. specjalista do spraw zamówień publicznych. W skład komisji przetargowej wchodził też członek zarządu M. J..

Pozwany określił szacunkową wartość zamówienia podstawowego na kwotę 1.330.000 zł, przyjmując jednocześnie, że odpowiadać ona będzie kwocie przeznaczony na sfinansowanie zamówienia.

Pozwany „ (...) im. (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Ł. jest podmiotem prowadzącym działalność sektorową w rozumieniu ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku prawo zamówień publicznych i dlatego też przy udzielaniu zamówień zobowiązany jest do stosowania przepisów wskazanej ustawy.

Pozwany w 2012 roku zobowiązany był (zgodnie z przepisami wewnętrznymi) stosować w sytuacjach, w których wyłączone było działanie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zasady określone Regulaminem udzielania zamówień związanych z działalnością sektorową powyżej 14.000 euro do wartości progowych zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów, przyjętego Zarządzeniem nr (...) Prezesa Zarządu (...) im. W. (...) sp. z o.o. wraz z ostatnią zmianą wynikającą z uchwały nr 41/2011 Zarządu (...) im. W. (...) z dnia 19 grudnia 2011r. (dowód: regulamin wraz z załącznikami k. 163 , okoliczność bezsporna).

Z uwagi na wartość szacunkową zamówienia pozwany podjął decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia niepublicznego w oparciu o Regulamin.

Postępowanie zostało wszczęte i było prowadzone pod numerem **(...)/12/09**. Po wszczęciu postępowania złożono dwie oferty. Powód (...) Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w K. złożył ofertę z ceną na kwotę 56.000 zł netto/68.880 zł brutto miesięcznie. Ofertę też złożył (...) s.c. M. G. (1), P. K. (1) na kwotę 31.520 zł netto/38.769,60 zł brutto miesięcznie).

W dniu **16 marca 2012r.** sporządzono protokół z otwarcia ofert. Ostatecznie, postępowanie pod numerem **(...)/12/09** zostało unieważnione i nie dokonano wyboru oferty. Postępowanie zostało unieważnione , bowiem oferta z najniższą ceną przewyższała kwotę, jaką powód zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (dowód: zeznania świadka M. Z. e –protokół rozprawy z dnia 20 lipca 2017r. czas 00:11:21- 01:47:23 , z czynności otwarcia ofert (...)/12/09 k. 27, zawiadomienie o unieważnieniu postępowania (...)/12/09 w oryginałach akt załączonych do przedmiotowej sprawy.

W zaistniałej sytuacji pozwany podjął decyzję **o ponownym przeprowadzeniu postępowania przetargowego**. Postępowanie miało być prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego w oparciu o Regulamin. Postępowaniu temu nadano **znak (...)/12/23**. Ogłoszenie o zamówieniu w trybie przetargu nieograniczonego na przygotowanie oraz realizację działań informacyjnych na temat działalności zarządzania lotniskiem przez (...) w latach 2012-2015 zawierało między innymi informację na temat wykonania i ekspozycji reklamy według parametrów:

- reklama o powierzchni min. 190 m2 dwustronna w ilości 3 sztuk,
- w okolicach zjazdu z Autostrady (...) w E.. Reklama umieszczona po prawej stronie autostrady (jadąc w kierunku od Ł. do P.) do 1000 metrów za zjazdem z autostrady na Ł.. Reklama nieoświetlona,
- w okolicach wjazdu na Autostradę (...) w P.. Reklama umieszczona po prawej stronie (jadąc w kierunku od K. do Ł.) w odległości do 1000 metrów za wjazdem na autostradę z P. w kierunku do Ł.. Reklama nieoświetlona,
- w okolicach wjazdu na Autostradę (...) w S.. Reklama umieszczona po prawej stronie (jadąc w kierunku od Ł. do W.) w odległości do 1000 metrów za wjazdem na Autostradę z Ł.. Reklama nieoświetlona,
- reklama o powierzchni min. 70 m2 w bezpośrednim sąsiedztwie drogi krajowej nr (...) w granicy administracyjnej miasta Ł.. Reklama nieoświetlona,
- reklama o powierzchni min. 70 m2 w bezpośrednim sąsiedztwie drogi krajowej nr (...) w granicy administracyjnej miasta B.. Reklama nieoświetlona.

Treść reklamy miała być ustalana z zamawiającym każdorazowo przed kolejną kampanią informacyjną. Obowiązkiem wykonawcy było **wykonanie** serwisu internetowego pozwalającego w sposób ciągły monitorować aktualny stan wszystkich nośników reklamowych. Serwis miał posiadać funkcję logowania wybranych użytkowników i wykorzystywać zabezpieczenia protokołu (...). Zadania, które powinny zostać wykonane w ramach realizacji

przedmiotu zamówienia, zostały szczegółowo określone w projekcie umowy, stanowiącym Załącznik do SIWZ. Wykonawca miał uzyskać wszelkie dodatkowe informacje, które mogły być konieczne do prawidłowego przygotowania oferty oraz zawarcia umowy i wykonania zamówienia.

Zamówienie miało być wykonywane do dnia 31.12.2015 r. Wykonanie i przekazanie zamawiającemu nośników wskazanych w pkt 3.1 oraz uruchomienie serwisu wskazanego w pkt 3.2 ogłoszenia miało nastąpić do dnia 30.06.2012 r. Strony zastrzegły możliwość przedłużenia terminu wykonania zamówienia z powodu okoliczności, wskazanych w Specyfikacji Istotnych Zamawiający wymagał wniesienia wadium w wysokości 30.000 zł i mogło ono być w następujących formach: pieniądzu; poręczeniach bankowych lub poręczeniach spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, z tym że poręczenie kasy jest zawsze poręczeniem pieniężnym; gwarancjach bankowych; gwarancjach ubezpieczeniowych; poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2007 r. Nr 42, poz. 275, z 2008 r. Nr 116, poz. 730 i 732 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2010 r. Nr 96, poz. 620). Wadium wnoszone w pieniądzu należało wpłacić przelewem na rachunek bankowy zamawiającego o numerze: (...). Na dokumencie potwierdzającym wniesienie wadium powinna być zawarta informacja w postaci zapisu: „Wadium, postępowanie nr (...)/12/23”.

W ramach warunków udziału w postępowaniu oraz w opisie sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków zapisano, że wykonawcy powinni wykonać w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usługi informacyjno-reklamowe odpowiadające swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości netto co najmniej 500.000 zł łącznie z podaniem ich wartości oraz daty i miejsca wykonania wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi i dostawy zostały wykonane należycie. Wykonawca powinien być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę co najmniej 1.000.000 zł. W zakresie wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w ogłoszeniu, oprócz oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, należało przedłożyć:

- oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia na podstawie art. 22 ust. 1 oraz art. 24 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, wykaz wykonanych w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług informacyjno-reklamowych odpowiadających swoim rodzajem usługom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości netto co najmniej 500.000 zł łącznie, z podaniem daty i miejsca wykonania wraz z załączeniem dokumentów potwierdzających, że robota ta została wykonana należycie - wg załącznika nr 2 do SIWZ;

- opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, obejmujące co najmniej działalność związaną z przedmiotem zamówienia, na kwotę minimum 1.000.000 zł. W ramach kryterium ceny ofert założono 80% za cenę, a za lokalizację reklamy 20% (dowód: ogłoszenie o zamówieniu k. 22-26 akt, zeznania świadka S. G. e – protokół rozprawy z dnia 18 sierpnia 2017r. czas 00:12:51-00:40:48, e –protokół rozprawy z dnia 28 września 2017r. czas 00:05:54-00:12:35, zeznania świadka J. Ś. e –protokół rozprawy z dnia 18 sierpnia 2017r. czas 01:24:08-01:31:11, zeznania świadka A. F. e –protokół rozprawy z dnia 18 sierpnia 2017r. czas 01:34:20-03:11:38, zeznania świadka M. J. e –protokół rozprawy z dnia 28 września 2017r. czas 00:13:21-01:23:27, zeznania strony pozwanej e –protokół rozprawy z dnia 19 października 2017r. czas 00:54:06-01:23:03).

Ponownie oszacowana została wartość zamówienia podstawowego na kwotę 1.451.000 zł. Pozwany przyjął, że na sfinansowanie zamówienia przeznaczy kwotę odpowiadającą wartości szacunkowej zamówienia. Pozwany przewidział możliwość udzielania zamówień uzupełniających do 50% wartości zamówienia podstawowego. Pozwany wyznaczył termin składania ofert w postępowaniu do dnia 30 kwietnia 2012 roku do godziny 12:00.

W ramach postępowania złożono dwie oferty.

Ponownie ofertę złożył powód i cenę określił na poziomie **37.380 zł netto** miesięcznie. Oferta przetargowa miała **datę 27 kwietnia 2012r., natomiast strona tytułowa i kolejne miały znak poprzedniego postępowania przetargowego (...)/12/09** (dowód: oferta powoda wraz z załącznikami k. 166-311 akt, aneks nr (...) do polisy (...)).

W ofercie zamieszczono opis techniczny konstrukcji reklamy. Projekt dotyczył konstrukcji tablicy wolnostojącej o wymiarach 14,35 x 5,25 i h 9,05m z banerem reklamowym. Zakładano lokalizację tablicy w I strefie wiatrowej. W przypadku innej lokalizacji należało rozwiązanie projektowe uzgodnić z projektantem. Projektowana konstrukcja wolnostojąca miała składać się z modułowych słupów nośnych S3/ST/050-300 i S3/050 oraz połączonych ze słupami konstrukcji ramowych, na których rozpościerają się banery reklamowe. Konstrukcje ramowe połączone miały być ze słupami za pomocą złączy krzyżowych (produkowanych przez K. S.). Moduły słupów miały być łączone za pomocą złączy słupów a moduły za pomocą złączy ramowych. Słupy miały opierać się na prefabrykowanych stopach żelbetowych posadowionych na rodzimych gruntach mineralnych poniżej warstwy gruntu organicznego. W opisie wykonania montażu zaznaczono:

- ustawić prefabrykowane stopy żelbetowe,
- złożyć słupy i ramy z elementów modułowych,
- połączyć słupy nośne ze stopami za pomocą kotew przyłączeniowych,
- zamocować ramy do słupów za pomocą złączy krzyżowych,
- powiesić baner reklamowy (dowód: oferta powoda wraz z załącznikami k. 166-311 akt, opis techniczny k. 293 akt).

Strona powodowa złożyła gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium w pierwszym przetargu oznaczonym symbolem (...)/12/09. Podobna gwarancja złożona została w przetargu oznaczonym symbolem (...) 12/23. W obu polisach wskazany został numer (...)/12/09. Wynikało to z faktu popełnienia omyłki w zakresie przedmiotowego oznaczenia ze strony ubezpieczyciela. Pierwsza gwarancja zawarta została w dniu 2 marca 2012 roku z okresem obowiązywania 16.03.2012 -15.05.2012, natomiast druga gwarancja zawarta została w dniu 24 kwietnia 2012 roku z okresem obowiązywania 30.04.2012 -29.06.2012 (dowód: polisy k. 544-547 akt).

Ofertę w tym postępowaniu też złożył (...) s.c. M. G. (1), P. K. (1) w W. na kwotę **33.125 zł netto miesięcznie** (dowód: oferta (...) wraz z załącznikami k. 312-455 akt).

W dniu **2 maja 2012** roku jako korzystniejszą pozwany wybrał ofertę, (...) z uwagi na niższą cenę. Powód uzyskał ilość punktów 91, w tym ilość punktów za lokalizację 20, ilość punktów za cenę 71. Konkurent powoda uzyskał ogółem 100 punktów, w tym 80 punktów za cenę, za lokalizację 20 punktów (dowód: zeznania świadka M. Z. e –protokół rozprawy z dnia 20 lipca 2017r. czas 00:11:21- 01:47:23 , akta postępowania ZNP/12/23 dołączone w oryginale, ogłoszenie o zamówieniu (...)/12/23 k. 245-249, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty (...)/12/23 k. 28- 29, SIWZ (...)/12/23 k. 219- 244, zeznania świadka S. G. e –protokół rozprawy z dnia 18 sierpnia 2017r. czas 00:12:51-00:40:48, e –protokół rozprawy z dnia 28 września 2017r. czas 00:05:54-00:12:35, zeznania świadka J. Ś. e –protokół rozprawy z dnia 18 sierpnia 2017r. czas 01:24:08-01:31:11, zeznania świadka A. F. e –protokół rozprawy z dnia 18 sierpnia 2017r. czas 01:34:20-03:11:38, zeznania świadka M. J. e –protokół rozprawy z dnia 28 września 2017r. czas 00:13:21-01:23:27, zeznania strony pozwanej e –protokół rozprawy z dnia 19 października 2017r. czas 00:54:06-01:23:03).

Po rozstrzygnięciu postępowania, powód powziął wątpliwości, co do prawidłowości wyboru jako najkorzystniejszej oferty (...). Wtedy wystąpił o udzielenie mu informacji oraz udostępnienie dokumentacji przetargowej i zapoznał się z nią, zarzucając działaniom pozwanego niezgodność z przepisami ustawy pzp. (dowód: pismo z dnia 26.11.2012, pismo z dnia 5.12.2012, pismo z dnia 8.12.2012, wezwanie z dnia 23.05.2013- załączniki do pozwu, zeznania świadka M. S. e –protokół rozprawy z dnia 20 lipca 2017r. czas 01:50:14-02:40:19, zeznania świadka R. P. e –protokół rozprawy

z dnia 18 sierpnia 2017r. czas 00:42:49- 01:22:28, zeznania świadka L. R. e –protokół rozprawy z dnia 18 sierpnia 2017r. czas 03:31:41-04:16:41, zeznania strony powodowej e –protokół rozprawy z dnia 19 października 2017r. czas 00:03:31-00:45:20).

W następstwie wyboru najkorzystniejszej oferty w dniu **24 maja 2012 roku** pozwany zawarł z (...) umowę o zamówienie nr 98/25 - (...)12-23/12.

Umowę zakończono w trybie odstąpienia przez wykonawcę wobec niemożności jej zrealizowania w terminie w całości na skutek odmowy wydania zgody na posadowienie reklam w pasie drogowym. Wykonawca informował pozwanego, że Starosta (...) uznał urządzenia reklamowe niezwiązane stale z gruntem za budowlane w rozumieniu ustawy Prawo budowlane i wniósł sprzeciw od złożonych przez (...) zgłoszeń o instalacje. Starosta (...) określił wymóg uzyskania pozwolenia na budowę. Postępowanie administracyjne toczyło się także przed Wojewodą (...).

(...) kierowało do pozwanego w tej kwestii pisma w dniach, wnosząc początkowo o przesunięcie terminu realizacji umowy: 24.05.2012r., 26.06.2012r., 28.06.2012r., 28.06.2012r., 29.06.2012r., 23.07.2012r., 23.07.2012r., 24.07.2012r. Ostatecznie wykonawca postanowił odstąpić od umowy. Pozwany, wobec zmian na rynku lotniczym nie był później zainteresowany dalszą realizacją zamówienia i nie podjął decyzji o ponowieniu zamówienia i zlecenia go podmiotowi trzeciemu (dowód: umowa o zamówienie nr 98/25 - (...)12-23/12 z dnia 24.05.2012 k. 200-204, korespondencja pozwanego z (...) pisma z 24.05.2012, 26.06.2012, 28.06.2012, 28.06.2012, 29.06.2012, 23.07.2012, 23.07.2012, 24.07.2012- k. 2005, 208 gwarancja ubezpieczeniowa (...) k. 206-207, akta postępowania ZNP/12/23 dołączone w oryginale, zeznania świadka M. J. e –protokół rozprawy z dnia 28 września 2017r. czas 00:13:21-01:23:27, zeznania strony pozwanej e –protokół rozprawy z dnia 19 października 2017r. czas 00:54:06-01:23:03).

Powodowa Spółka funkcjonowała na rynku od 2009 roku Do 2014r. prezesem Spółki był M. R.. Spółka zatrudniała około 5-7 osób, natomiast podwykonawcami powoda były firmy: D., T. R., M. K.. Przedmiot działalności powoda to przede wszystkim: monitoring, reklama, instalacje, programy komputerowe na inwestycji. Pierwszym dużym kontraktem powoda była realizacja parkingu na Galerii (...) w K.. Było to montowanie systemu parkingowego z tablicami. Chodziło o słupy liczące wjazdy, tablice, monitoring. Podobna była realizacja inwestycji w (...) T. B., (...) we W., (...) w G., (...) w K. w zakresie reklamy, monitoringu. Pracownicy powoda stworzyli program komputerowy parkingowy, natomiast w zakresie instalacji powód posiłkował się podwykonawcami. Powód zajmował się też instalacjami elektrycznymi. Wykonywał taką instalację elektryczną w L.. Wartość inwestycji to około 500 tysięcy złotych. Obroty roczne spółki sięgały 3-4 mln., a dochód 100-200 tysięcy złotych rocznie. Powód w rozwoju firmy postawił na systemy parkingowe z reklamą. Gdy powód dowiedział się o przetargu u pozwanego, to zarząd Spółki doszedł do wniosku, że podejmie się tej pracy i zaangażuje się w coś innego. Były wykonane dokładne analizy, czy powód jest w stanie wykonać tę pracę. Powód liczył potrzebne materiały, zasoby ludzkie, finansowanie, oraz czy ma możliwość wsparcia w kredycie, czy leasingu (dowód: zeznania świadka L. R. e –protokół rozprawy z dnia 18 sierpnia 2017r. czas 03:31:41-04:16:41, zeznania strony powodowej e –protokół rozprawy z dnia 19 października 2017r. czas 00:03:31-00:45:20).

Gdyby powód wygrał przetarg, to miał zamiar realizować umowę z pozwanym razem ze swoim podwykonawcą firmą PPHU (...) w Ł. przy ul. (...). Te podmioty współpracowały od 17 lat. PPHU (...) prowadziła działalność reklamową, techniczną, remontową. Zajmowała się reklamą zewnętrzną kompleksową tzn. grafiką, konstrukcją reklamy, posadowieniem, montażem. Działała na rynku od 1996 roku i w ciągu roku realizuje kilka zleceń reklamowych. Miała około 14 pracowników. Nigdy na rynku usług powód, podobnie jak firma (...), nie spotkali się z takim podmiotem (...) i nic nie wiedzieli na temat jak długo działa na rynku i jaka jest konkurencyjność tego podmiotu. PPHU (...) była jedynym zgłoszonym podwykonawcą powoda w tym przetargu niepublicznym. Ona podawała powodowi do oferty dane, proponowane opisy technologiczne i lokalizacyjne, opisywała, jakie są rozwiązania techniczne w zakresie stelażu do reklam, montażu do grafiki, na jakim materiale, rozwiązania informatyczne w zakresie monitoringu tych reklam. PPHU (...) miało maszyny do robienia grafiki i miało też robić stelaże. W zamówieniu były wskazane obszary przy drogach dojazdowych, które interesowały pozwanego. Pracownicy PPHU (...) mieli za zadanie dotrzeć do właścicieli działek i przeprowadzić rozmowę na temat dzierżawy gruntu, stawek za dzierżawę. Nie były potrzebne

umowy przedwstępne. Były brane pod uwagę grunty prywatne, ponieważ były znane obiektywne trudności w zakresie uzyskania pozwolenia na posadowienie nośników reklamy np. na gruntach gminnych, była to długotrwała procedura. W działaniach chodziło o ustalenie, kto jest zainteresowany z właścicieli gruntu i jakie ma stawki. Te informacje były podstawą kalkulacji ceny. Uznano, że czas realizacji zadania około 2 miesięcy, jest krótki, by po wygraniu przetargu uzyskać pozwolenie na budowę reklamy na gruntach gminy. Groziło to niewykonaniem umowy. Gdy ktoś zajmuje się zawodowo tego typu działalnością to wie, że załatwienie pozwolenia w ciągu 2 miesięcy było nierealne. Firma (...) uznała, że skoro zamawiający ma profesjonalną wiedzę, to również powinien mieć świadomość, że wykonanie umowy i posadowienie nośników, reklamy na gruntach np. gminnych w tym krótkim czasie jest nierealne. Powód wiedział, od zamawiającego, gdzie ten wyznaczył odcinki na trasach, gdzie mają być reklamy, a nadto wszystkie parametry reklamy. Miało być 5 nośników na każdej drodze dojazdowej. Powód zaproponował konstrukcję wolnostojącą, obciążoną blokami, bowiem uznał, że na taka nie potrzeba zgody danego starostwa. Oceniał, że załatwienie takiej zgody, również utrudniałoby terminowe wykonanie umowy. W przypadku reklamy nie będącej trwale związaną z gruntem, nie trzeba było uzyskiwać pozwoleń na budowę. Na każdej konstrukcji powód miał mieć zamontowaną kamerę, która cały czas miała monitorować reklamę i po sieci wi-fi w połączeniu z serwerem nagrywać obraz. Zasilanie miały zapewnić akumulatory. Projekty graficzne miał dostarczyć inwestor. Powód z podwykonawcą mieli zapewnić tylko serwis, który wymienił grafikę na nośnikach. Chodziło o okres trwania reklamy przez 42 miesiące. Podwykonawca powoła wykonywał reklamę na materiale beklajt. Jest to tworzywo sztuczne, elastyczne, produkowane i dostępne w Polsce, dające się grzewać, formułować, napinać. Są 2 opatentowane systemy w Polsce, służące do napinania tego materiału.

Powód miał też gwarancję bezpieczeństwa, że jeśli któryś właściciel gruntu, z którymi nie miał wstępnie podpisanej umowy wycofa się z ustaleń, to tych działek przy tych drogach jest na tyle dużo, że powód może znaleźć inny podmiot, z którym zawarłby umowę dzierżawę na posadowienie reklamy. Podwykonawca podchodził do zysku na umowie kompleksowo. Zasadą w branży reklamowej jest 20%- 30% i w tym przypadku podwykonawca powoła szacował utracone korzyści z niezawartego kontraktu na 400 do 500 tys. złotych (dowód: zeznania świadka M. S. e –protokół rozprawy z dnia 20 lipca 2017r. czas 01:50:14-02:40:19, zeznania świadka R. P. e –protokół rozprawy z dnia 18 sierpnia 2017r. czas 00:42:49- 01:22:28, zeznania świadka L. R. e –protokół rozprawy z dnia 18 sierpnia 2017r. czas 03:31:41-04:16:41, zeznania strony powodowej e –protokół rozprawy z dnia 19 października 2017r. czas 00:03:31-00:45:20).

W ramach wewnętrznej kontroli prowadzonych postępowań o udzielenie zamówienia skontrolowano postępowanie. (...) **przeprowadzony w lipcu 2012** roku potwierdził i ujawnił szereg nieprawidłowości. Audytor wewnętrzny A. B. wskazała w informacji z dnia 9 lipca 2012r. na temat postępowania nr (...) /12/23 „Przygotowanie oraz realizację działań informacyjnych na temat działalności zarządzania lotniskiem przez (...) w latach 2012-2015” (ogłoszenie z dnia 20.04.2012, termin złożenia ofert 30.04.2012 g 12.00), że:

- postępowanie winno zostać przeprowadzone na podstawie PZP a nie na podstawie Regulaminu sektorowego - szacowana wartość zamówienia 1.451.000 zł + 50% zamówienia uzupełniającego = 2.176.500 zł (np. brak powołania komisji przetargowej),
- w SIWZ wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy wynosi 5% a we wzorze umowy wynosi 10%,
- brak wyliczenia punktów przyznanych konkretnym lokalizacjom,
- brak zapisów z przeprowadzonej punktacji lokalizacji,

Analiza oferty złożonej przez (...) s.c. w postępowaniu nr (...) /12/23 wskazała na następujące nieprawidłowości:

- niespełnienie pkt 6.1.2 SIWZ - zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej M. G. (1) nie zawiera informacji, iż prowadzi on działalność jako wspólnik spółki cywilnej (...) (do dnia dzisiejszego we właściwym urzędzie nie dokonano takiego wpisu). Zaświadczenie zawiera jedynie zapis iż M. G. prowadzi działalność gospodarcza pod nazwą TEST - nie wezwano wykonawcy do uzupełnienia oferty ,

- niespełnienie pkt 6.1.2 SIWZ - zaświadczenie o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej P. K. (1) nie zawiera informacji iż prowadzi on działalność jako współnik spółki cywilnej (...) (do dnia dzisiejszego we właściwym urzędzie nie dokonano takiego wpisu). Zaświadczenie zawiera jedynie zapis iż P. K. prowadzi działalność gospodarczą pod nazwa LEOPARD - nie wezwano wykonawcy do uzupełnienia oferty.

-niespełnienie pkt 6.1.5 SIWZ - dołączono wykaz usług informacyjno-reklamowych (załącznik nr 2) wykonanych w okresie ostatnich 3 lat dotyczący usług wykonanych dla (...) Sp. z o.o. przez TEST M. G. (1) a nie przez wykonawcę (...) s.c. M. G. (1), P. K. (1),

- brak oświadczenia o udostępnieniu wykonawcy wiedzy i doświadczenia przez TEST M. G. (1) (złożono jedynie oświadczenie o udostępnieniu potencjału i osób) - nie wezwano wykonawcy do uzupełnienia oferty,

-niespełnienie pkt 6.1.5 SIWZ - nie dołączono dokumentów potwierdzających, iż usługi z wykazu usług informacyjno-reklamowych wykonanych w okresie ostatnich 3 lat zostały wykonane należycie - załączono jedynie wydruk faktur TEST M. G. (1) oraz zlecenie z 22.04.2011 z pomiędzy M. Sp z o.o. a TEST M. G. (1) - dokumenty te nie potwierdzają, iż usługa została wykonana należycie - nie wezwano wykonawcy do uzupełnienia oferty,

- niespełnienie pkt 6.1.7 SIWZ - nie dołączono kosztorysu ofertowego - nie wezwano wykonawcy do uzupełnienia.

Z przeprowadzonej analizy wynikało, iż zamawiający nieprawidłowo wykonał etap badania złożonych ofert i przystąpił do etapu ich oceny bez wezwania wykonawcy do jej uzupełnienia. Audytor stwierdził, iż wybór najkorzystniejszej oferty dokonany został bez należytej staranności, z naruszeniem przepisów Regulaminu Sektorowego Spółki oraz ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

W uzupełnieniu audytu wskazano, że dalsza analiza oferty złożonej przez (...) s.c. w postępowaniu nr (...) /12/23 wskazuje na następujące nieprawidłowości:

- brak wpłaconego wadium - zgodnie z zapisami Ogłoszenia oraz SIWZ termin składania ofert wyznaczono na 30.04.2012 godz. 12.00. (art. 45 ust 3 pzp „Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert”, ponadto zgodnie z pkt 12.4.1. SIWZ „Wadium należy wnieść przed upływem terminu składania ofert, przy czym wniesienie wadium w pieniądzu za pomocą przelewu bankowego, zamawiający będzie uważał za skuteczne tylko wówczas, gdy zostanie zaksięgowane na rachunku zamawiającego przed upływem terminu składania ofert.” Jak wynika z wyciągu bankowego wadium od firmy (...) wpłynęło na konto zamawiającego wpłynęło 30.04 o godz. 12.58. W tej sytuacji wykonawca winien być wykluczony z postępowania (art. 24 ust 2 Pzp „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert.”),

- brak ustanowienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy - w dniu zawarcia umowy (...).05.2012r. wykonawca nie złożył zabezpieczenia należytego wykonania umowy (art. 150 pzp „W przypadku, o którym mowa w ust. 3 (okres realizacji zamówienia dłuższy niż 1 rok) w dniu zawarcia umowy wykonawca jest obowiązany wnieść co najmniej 30 % kwoty zabezpieczenia). W tej sytuacji zamawiający winien zatrzymać wadium tego wykonawcy umowa winna być zawarta z firmą (...) Sp. z o.o. (art. 94 ust 3 „Jeżeli wykonawca, którego oferta została wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny.”).

Oceniono, że treść gwarancji nie zabezpieczała interesów zamawiającego - gwarancja ubezpieczeniowa (...) z 19.06.2012r. zawierała zapisy wyłączające odpowiedzialność ubezpieczyciela w przypadku okoliczności, na które zamawiający nie ma wpływu i które leżą po stronie wykonawcy. Treść gwarancji winna być przeanalizowana i odrzucona w jej wyniku przez zamawiającego. W związku z tym, brak było podstawy do zwrotu wadium, który nastąpił dnia 04.07.2012 (art. 46 ust 5 pkt 2 „Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami jeżeli wykonawca którego

oferta została wybrana nie wniósł wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy."). Ponadto, otrzymana gwarancja nie wpłynęła na dziennik korespondencji (...), brak informacji kiedy faktycznie wpłynęła do zamawiającego.

Audytora podsumował, iż przeprowadzone postępowania odbyło się z naruszeniem zarówno ustawy Prawo Zamówień Publicznych jak i Regulaminu sektorowego Spółki, co naraża Spółkę jak i Zarząd konsekwencje karne zarówno na podstawie PZP jak i ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (dowód: protokół audytu wewnętrznego z 9.07.2012 wraz z uzupełnieniem k. 197, 198, zeznania świadka A. B. e –protokół rozprawy z dnia 18 sierpnia 2017r. czas 03:13:06-03:28:36, e –protokół rozprawy z dnia 28 września 2017r. czas 00:13:21-01:23:27).

W sprawie o sygnaturze akt III Co2/14 Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi powód złożył wniosek o zawezwanie pozwanego do próby ugodowej w dniu 8 stycznia 2014r. Pełnomocnik, który stawiał się w imieniu powoda na posiedzeniu Sadu nie był należycie umocowany, w wyznaczonym terminie nie złożył pełnomocnictwa, co skutkowało pominięciem czynności przez niego przedsięwziętych (dowód: wniosek k. 2 i protokół k. 8 akt Co2/14 Sądu Rejonowego dla Łodzi-Śródmieścia w Łodzi – dołączone do przedmiotowej sprawy).

Powyższy stan faktyczny Sąd ustalił na podstawie powołanych dowodów.

Oceniając zebrany w sprawie materiał dowodowy należy podnieść, że Stosownie do treści art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Art. 232 k.p.c. stanowi natomiast, iż strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. **Stosownie bowiem do zasady wyrażonej w art. 3 k.p.c., a rozwiniętej m.in. w art. 232 zd. 1 k.p.c.** dowody są obowiązane przedstawiać strony, a rozkład ciężaru dowodu wynikający także z art. 6 k.c. powoduje to, że strona, która chce dochodzić roszczeń wymagających dowodzenia środkami dowodowymi, z których może skorzystać, powinna liczyć się z koniecznością przedstawienia takich dowodów, gdyż w przeciwnym razie jej powództwo może być oddalone. Zatem ten, kto powołując się na przysługujące mu prawo, żąda czegoś od innej osoby, obowiązany jest udowodnić fakty (okoliczności faktyczne) uzasadniające to żądanie, ten zaś kto odmawia uczynienia zadość żądaniu, a więc neguje uprawnienie żądającego, obowiązany jest udowodnić fakty wskazujące na to, że uprawnienie żądającemu nie przysługuje (tak: Stanisław Dmowski, Stanisław Rudnicki „Komentarz do kodeksu cywilnego, Księga pierwsza, część ogólna", Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis). Samo zaprzeczenie okolicznościom dokonane przez stronę procesową wywołuje ten skutek, że istotne dla rozstrzygnięcia sprawy fakty stają się sporne i muszą być udowodnione, zaś w razie ich nieudowodnienia Sąd oceni je na niekorzyść strony, na której spoczywał ciężar dowodu, chyba że miał możliwość przekonać się o prawdziwości tych twierdzeń na innej podstawie (tak: postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 28.04.1975 r., III CRN 26/75, LEX nr 7692). Jak wynika z powyższego, powód w toku procesu powinien wykazać bezprawne działanie pozwanego w czasie postępowania przetargowego, związek przyczynowy między bezprawnym działaniem pozwanego a przegraniem przetargu i niezawarciem między stronami umowy, możliwość wykonania tej umowy przez powoda i to w sposób należyty oraz wysokość szkody.

Mając na uwadze, że wyliczenie ewentualnej szkody (strat, czy utraconych korzyści) wymagało wiadomości specjalnych, Sąd na wniosek strony powodowej dopuścił dowód z pisemnej opinii biegłego sądowego z zakresu ekonomiki przedsiębiorstw, którego zobowiązał po zapoznaniu się z aktami sprawy do wydania w terminie 4 miesięcy pisemnej opinii na okoliczność oszacowania wartości - wysokości utraconych korzyści po stronie powodowej z uwagi na brak realizacji umowy, która mogłaby być zawarta w wyniku wygrania postępowania przetargowego nieograniczonego w przedmiocie przygotowania oraz realizacji działań informacyjnych na temat działalności zarządzania lotniskiem przez (...) w latach 2012- 2015. Biegły miał szacować utracone korzyści związane z okresem obowiązywania tej umowy przy hipotetycznym założeniu, że umowa byłaby realizowana w okresie wyznaczonym jej treścią. Ponadto, biegły miał udzielić odpowiedzi na pytanie, czy przy takim potencjale przedsiębiorstwa strony powodowej podmiot ten byłby w stanie ogóle zrealizować terminowo i należycie wskazaną umowę. Sąd zobowiązał stronę powodową przez pełnomocnika do uiszczenia w terminie 14 dni zaliczki na poczet opinii biegłego w kwocie 5 tysięcy złotych - pod rygorem pominięcia tego dowodu (postanowienie e- protokół rozprawy z dnia 19 października 2017r. czas 01:23:03-01:27:01).

Należy podkreślić, że dowód ten miał z uwagi na jego charakter istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy z uwagi na konieczność wykazania zaistnienia wszystkich przesłanek odpowiedzialności deliktowej, a w szczególności realną możliwość należytego wykonania umowy przez powoda oraz wysokość szkody. Jak bowiem wielokrotnie wskazywał Sąd Najwyższy, jeżeli ustalenie określonej okoliczności faktycznej istotnej dla rozstrzygnięcia sprawy wymaga wiadomości specjalnych, które może zapewnić wyłącznie opinia biegłego, sąd nie może ich ustalić bez przeprowadzenia takiego dowodu (porównaj między innymi orzeczenia z dnia 24 listopada 1999 r. I CKN 223/98, z dnia 17 marca 2006 r. I CSK 101/05, niepubl., z dnia 19 kwietnia 2007 r. I CSK 27/07, OSNC-ZD 2008/1/25, z dnia 15 stycznia 2010 r. I CSK 199/09, z dnia 20 maja 2011 r. II UK 339/10 i z dnia 27 kwietnia 2012 r. V CSK 202/11, niepubl.). Wielokrotnie również Sąd Najwyższy stwierdzał, że opinią biegłego, w rozumieniu art. 278 k.p.c., jest tylko opinia złożona przez osobę wyznaczoną przez sąd.

Zgodnie z art. **278 § 1 k.p.c.** w wypadkach wymagających wiadomości specjalnych sąd po wysłuchaniu wniosków stron co do liczby biegłych i ich wyboru może wezwać jednego lub kilku biegłych w celu zasięgnięcia ich opinii.

Według doktryny i praktyki opinią biegłego jest osąd (por. wyrok SN z dnia 8 listopada 1976 r., I CR 374/76, OSNC 1977, nr 10, poz. 187; por. jednakże wyrok SN z dnia 20 października 1975 r., I CR 474/75, OSP 1976, z. 12, poz. 233; wyrok SN z dnia 20 czerwca 1984 r., II CR 197/84, OSNC 1984, nr 2-3, poz. 37) o okolicznościach faktycznych, stanach lub zdarzeniach, do których poznania i wyjaśnienia wymagany jest określony zasób wiadomości specjalnych (wykraczających poza zakres wiadomości i doświadczenia życiowego ogółu osób inteligentnych i ogólnie wykształconych - por. postanowienie SN z dnia 12 lipca 1968 r., I CR 279/68, LEX nr 6371; wyrok SN z dnia 20 grudnia 1969 r., I CR 491/69, LEX nr 6640; wyrok SN z dnia 18 sierpnia 1971 r., II CR 256/71, LEX nr 6979; uzasadnienie wyroku SN z dnia 3 kwietnia 1973 r., I PR 58/73, OSNC 1973, nr 10, poz. 183; uzasadnienie wyroku SN z dnia 18 lipca 1975 r., I CR 331/75, LEX nr 7729; wyrok SN z dnia 8 lipca 1994 r., II PRN 4/94, OSNAPiUS 1994, nr 9, poz. 146; postanowienie SN z dnia 12 marca 1999 r., I PKN 40/99, OSNAPiUS 2000, nr 10, poz. 390; uzasadnienie wyroku SN z dnia 15 czerwca 1999 r., II UKN 692/98, OSNAPiUS 2000, nr 17, poz. 662; uzasadnienie wyroku SN z dnia 15 listopada 2001 r., II UKN 599/00, OSNP 2003, nr 15, poz. 364; uzasadnienie wyroku SN z dnia 8 maja 2003 r., II CKN 39/01, LEX nr 78887) z różnych dziedzin nauki, techniki, sztuki, rzemiosła czy obrotu gospodarczego oraz doświadczenia zawodowego (por. uzasadnienie uchwały SN z dnia 30 października 1985 r., III CZP 59/85, OSNC 1986, nr 9, poz. 140), sformułowany i wyrażony w toku postępowania przez osobę wyznaczoną w tym celu przez sąd, niezainteresowaną rozstrzygnięciem sprawy (a spełniającą wskazane wyżej kryteria - biegłego), ułatwiający zarazem sądowi właściwą ocenę faktów i rozstrzygnięcie konkretnej sprawy (por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 11 lipca 1969 r., I CR 140/69, OSNC 1970, nr 5, poz. 85; wyrok SN z dnia 20 stycznia 1970 r., II PR 18/69, LEX nr 6652).

W świetle stanowiska judykatury zadaniem biegłego nie jest ustalenie stanu faktycznego sprawy, lecz naświetlenie i umożliwienie wyjaśnienia przez sąd okoliczności z punktu widzenia posiadanych przez biegłego wiadomości specjalnych przy uwzględnieniu zebranego i udostępnionego mu materiału sprawy (por. wyrok SN z dnia 11 lipca 1969 r., I CR 140/69, OSNC 1970, nr 5, poz. 85; uzasadnienie wyroku SN z dnia 19 grudnia 2006 r., V CSK 360/06, LEX nr 238973; wyrok SA w Katowicach z dnia 18 października 2013 r., I ACa 663/13, LEX nr 1394210). Za niedopuszczalne uznaje się natomiast powoływanie się przez biegłego na własne spostrzeżenia o okolicznościach faktycznych, których ustalenie należy do sądu i zakłada konieczność przesłuchania we wskazanym przypadku takiej osoby w charakterze świadka, a nie biegłego (cechą charakterystyczną jest z reguły zastępowalność omawianego środka dowodowego) – (por. wyrok SN z dnia 8 listopada 1976 r., I CR 374/76, OSNC 1977, nr 10, poz. 187).

Za niedopuszczalne uznaje się przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego w celu ustalenia obowiązującego stanu prawnego oraz zasad stosowania i wykładni obowiązujących przepisów prawa (iura novit curia). (por. m.in. orzeczenie SN z dnia 4 marca 1965 r., III CR 795/64, PiP 1966, z. 4-5, poz. 831; wyrok SN z dnia 4 listopada 1966 r., II PR 445/66, LEX nr 13913; postanowienie SN z dnia 21 grudnia 1966 r., I CR 214/66, LEX nr 6090; uzasadnienie orzeczenia SN z dnia 1 lipca 1998 r., I PKN 203/98, OSNAPiUS 1999, nr 15, poz. 478; uzasadnienie wyroku SN z dnia 12 września 2000 r., I PKN 10/00, OSNP 2002, nr 7, poz. 156; uzasadnienie wyroku SN z dnia 20 grudnia 2006 r., IV CSK 299/06, LEX nr 233051).

Jednakże według doktryny reguła ta nie obejmuje szczególnie specjalistycznych, a przy tym obszernych i rzadko stosowanych gałęzi prawa krajowego, zasad doświadczenia życiowego, prawa zwyczajowego oraz treści prawa obcego, które w danym wypadku powinny być zastosowane (por. uzasadnienie wyroku SN z dnia 6 lutego 2002 r., V CKN 801/00, LEX nr 54350).

Na podkreślenie zasługuje stanowisko judykatury, w świetle którego, gdy rozstrzygnięcie sprawy wymagałoby wiadomości specjalnych, niedopuszczalne jest pominięcie dowodu z opinii biegłych, choćby ktokolwiek ze składu orzekającego takie wiadomości posiadał (odmienne rozwiązanie pozbawiałoby strony możliwości stawiania pytań i krytyki określonego poglądu, a ponadto prowadziłoby do niedopuszczalnego połączenia funkcji sędziego i biegłego)- (por. wyrok SN z dnia 18 lipca 1975 r., I CR 331/75, LEX nr 7729; uzasadnienie postanowienia SN z dnia 9 maja 2000 r., IV CKN 1209/00, LEX nr 52621; uzasadnienie orzeczenia SN z dnia 26 października 2006 r., I CSK 166/06, LEX nr 209297). O tym, czy do rozstrzygnięcia sprawy niezbędne jest posiadanie wiadomości specjalnych z danej dziedziny, decyduje sąd orzekający (art. 278 § 1 k.p.c.). (por. m.in. wyrok SN z dnia 6 marca 1997 r., II UKN 23/97, OSNAPiUS 1997, nr 23, poz. 476; postanowienie SN z dnia 13 marca 1997 r., III CKN 14/97, OSNC 1997, nr 8, poz. 115; uzasadnienie wyroku SN z dnia 25 marca 1997 r., III CKN 11/97, OSNC 1997, nr 9, poz. 126; wyrok SN z dnia 3 października 1997 r., II UKN 288/97, OSNAPiUS 1998, nr 15, poz. 459; wyrok SN z dnia 13 maja 1998 r., I PKN 108/98, OSNAPiUS 1999, nr 10, poz. 337; wyrok SN z dnia 26 stycznia 1999 r., I PKN 534/97, OSNAPiUS 2000, nr 6, poz. 215; wyrok SN z dnia 24 listopada 1999 r., I CKN 223/98, Wokanda 2000, nr 3, s. 7.). Jednak w pewnych wypadkach ustawa nakłada na sąd obowiązek przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego (por. np. art. 553 i 619 § 2; por. także postanowienie SN z dnia 12 lutego 1997 r., II CKU 72/96, OSNC 1997, nr 6-7, poz. 84).

Dopuszczenie dowodu z opinii biegłego z reguły powinno nastąpić w chwili, gdy już został zgromadzony materiał faktyczny umożliwiający biegłemu wydanie opinii. Gruntowne bowiem przemyślenie przez sędziego sprawy i rozważenie zebranego w niej materiału jest warunkiem jasnego skonkretyzowania nasuwających się wątpliwości i precyzyjnego sformułowania pytań skierowanych do biegłego (postanowienie SN z dnia 13 września 1979 r., IV CR 281/79, OSNC 1980, nr 1-2, poz. 36).

Należy podkreślić, że mimo znaczenia tego dowodu, strona powodowa nie tylko, że nie uiszczała zaliczki w wyznaczonym terminie, to nawet uprzednio nie wnioskowała o przedłużenie terminu do jej uiszczenia, o ile w rzeczywistości miała trudności w zgromadzeniu środków finansowych. Nie ponowiła też wniosku o zwolnienie od kosztów sądowych w tej części. Na rozprawie w dniu 7 grudnia 2017r. (protokół e-rozprawy z dnia 7 grudnia 2017r. czas 00:08:48) Sąd oddalił wniosek strony powodowej o przywrócenie terminu do uiszczenia zaliczki jako bezzasadny. Zgodnie z art. 168 § 1 k.p.c. przywrócenie terminu do dokonania czynności możliwe jest jedynie wtedy, gdy strona uchybiła terminowi do jej wniesienia bez swojej winy. Przez stronę należy przy tym rozumieć także pełnomocnika strony, a jego błąd procesowy obciąża stronę (podobnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 30 maja 2007 r. w sprawie II CSK 167/07, LEX nr 346193).

Jednakże dla dopuszczalności wniosku o przywrócenie terminu musi być również spełniony warunek zgłoszenia wniosku o przywrócenie terminu w ustawowym terminie. Stosownie bowiem do treści art. 169 § 1 k.p.c., pismo z wnioskiem o przywrócenie terminu wnosi się do sądu, w którym czynność miała być dokonana, w ciągu tygodnia od czasu ustania przyczyny uchybienia terminu. Jako kryterium przy ocenie winy w uchybieniu terminu procesowego należy przyjąć obiektywny miernik staranności. Strona powinna uprawdopodobnić, że mimo całej swej staranności nie mogła dokonać czynności w terminie, a więc, że była przeszkoda od niej niezależna (podobnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 10 stycznia 2007 r., w sprawie I CZ 108/06, LEX nr 258547). Przeszkoda ta musi istnieć przez cały czas biegu terminu przewidzianego dla dokonania czynności procesowej.

Przeszkodą taką nie może być fakt, iż czasowo strona nie miała środków finansowych, bowiem jak już wskazano w zaistniałej sytuacji strona mogła wnosić o przedłużenie terminu do uiszczenia zaliczki, wnosić o zmniejszenie zaliczki (na wymiar zaliczki można złożyć zażalenie), lub o zwolnienie w tej części od kosztów sądowych. Zatem strona powodowa miała pełną świadomość stanu tej sprawy i na bieżąco miała wpływ na tok sprawy poprzez działanie pełnomocnika. Brak skorzystania ze wskazanych środków jest równoznaczne z zaniedbaniem pełnomocnika

i powoduje, że nie można uznać braku winy strony w uchybieniu terminowi. Z art. 91 k.p.c. w związku z art. 93 k.p.c. nie wynika dla Sądu obowiązek kontrolowania, czy oświadczenie pełnomocnika procesowego jest zgodne z wolą lub interesem mocodawcy ani uprawnienie do ingerencji w treść stosunku prawnego łączącego mocodawcę z pełnomocnikiem (podobnie Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 14 stycznia 1999 r. II UKN 615/98 LEX 35701). Już w orzecznictwie Sądu Najwyższego z okresu przed II wojną światową podkreślało się, że skutki działań pełnomocnika zawsze ponosi strona. Najbardziej ogólnie sformułował to Sąd Najwyższy w orzeczeniu z dnia 8 czerwca 1937 r., sygn. akt C II 187/37 (PS 1937, poz. 507; szereg innych orzeczeń przytacza J. Gudowski: Kodeks postępowania cywilnego. Tekst, orzecznictwo, piśmiennictwo. T. I, Warszawa 1998, s. 318 i nast.), wskazując, że czynności procesowe pełnomocnika, bez względu na to, czy zostały wykonane dobrze czy źle, obowiązują mocodawcę. Ryzyko ujemnych następstw niestarannego działania profesjonalnego pełnomocnika, polegającego na nieskonsultowaniu się ze swoim mandatem, obciąża mocodawcę. Pogląd taki nie stracił nic na swojej aktualności i współcześnie Sąd Najwyższy wielokrotnie podkreślał, iż to stroną obciąża ryzyko ujemnych następstw niestarannego działania profesjonalnego pełnomocnika (Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 22 marca 1999 r. w sprawie III CKN 76/99, LEX 36481).

Stroną - według art. 168 par. 1 k.p.c. - jest pełnomocnik procesowy i jego zaniedbania (osób z jego personelu) obciążają stronę (postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 5 lutego 1999 r. III CKN 1052/98, LEX nr 50719). Zaniedbanie pełnomocnika procesowego musi być zatem traktowane jako zaniechanie samej strony, która nie może twierdzić, że za działanie takiej osoby nie ponosi odpowiedzialności (por. postanowienie Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 25 lutego 1999 r., I Aca 17/99, Apel.-Lub. 1999, nr 2, poz. 5 oraz Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 30 maja 2007 r. w sprawie II CSK 167/07 LEX nr 346193)

Sąd Okręgowy podziela pogląd wyrażony w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r. w sprawie III CZ 22/07 (LEX nr 319631), iż błąd profesjonalnego pełnomocnika, nie może stanowić podstawy do żądania przywrócenia terminu.

Na marginesie rozważań należy skonstatować, iż brak zainteresowaniem stanem sprawy po stronie samego powoda, który winien należycie dbać o swoje interesy, nie może być uznane za przyczynę niezawinioną w rozumieniu art. 168§1 k.p.c., tym bardziej jeżeli był reprezentowany przez profesjonalistę, który winien rzetelnie dbać nie tylko o nieuchybianie przepisom procedury, ale także o stosowne doinformowanie pozwanego w zakresie przepisów prawa (por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 2006 r. w sprawie IV CZ 37/06, LEX nr 477601).

Mając powyższe na uwadze, Sąd stwierdził, że zaniechanie dokonania czynności było spowodowane okolicznościami zawinionymi przez stronę i na mocy art. 168 k.p.c. wniosek o przywrócenie terminu oddalił. Jako że postępowanie o przywrócenie terminu do dokonania czynności procesowej ma charakter wypadkowy (nie kończy postępowania w sprawie) i nie podlega zażaleniu, Sąd odniósł się do powyższego w uzasadnieniu wyroku.

W związku z brakiem uiszczenia zaliczki postanowieniem z dnia 10 listopada 2017r. Sąd pominął dowód z opinii biegłego.

Nie można nie zauważyć, że kolejny wniosek powoda o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, złożony w piśmie procesowym z dnia 24 listopada 2017r. (data wpływu) przy tezie dowodowej na okoliczność:

-oszacowania wysokości utraconych korzyści po stronie powodowej z uwagi na brak realizacji umowy która mogłaby być zawarta w wyniku wygrania postępowania przetargowego nieograniczonego w przedmiocie przygotowania oraz realizacji działań informacyjnych na temat działalności zarządzania lotniskiem (...) w latach 2012-2015, oraz oszacowanie utraconych korzyści związanych z okresem obowiązywania tej umowy, przy hipotetycznym założeniu że umowa byłaby realizowana w okresie wyznaczonym jej treścią,

-określenia czy strona powodowa byłaby w stanie zrealizować terminowo i należycie wykonanie umowy’;

był rażąco spóźniony (art. 207 § 6 k.p.c.). Nadto, wskazana teza była zaprzeczeniem wskazywanej przez stronę powodową podstawy faktycznej powództwa w zakresie szkody, którą sama strona określała w czasie swoich zeznań,

przecząc faktycznie własnym twierdzeniom dotychczas prezentowanym. W pozwie i aż do złożenia zeznań przez samą stronę powodową, powód wywodził, że „Gdyby wybrana została oferta powoda, otrzymywałby on miesięczne wynagrodzenie za świadczenie usług w wysokości 37.380,00 złotych netto przez okres od dnia 01.07.2012 r. do 31.12.2015 r., tj. 42 miesiące. Czysty zysk netto powoda, po odliczeniu kosztów związanych z realizacją zadania, w całym okresie wyniósłby 500.000 zł.”

Natomiast w czasie zeznań strona wskazywała, że szkoda dla powoda to utracone wynagrodzenie z umowy, która nie została zawarta przez nią w 2012 roku co do innego zlecenia, z którego zrezygnowała uważając, że może wygrać postępowanie przetargowe prowadzone przez pozwanego oraz w poniesionych kosztach na przygotowanie tego przetargu. W innym postępowaniu niż prowadzone przez pozwanego, powód w maju 2012 roku miał wystąpić jako podwykonawca, a zadanie miało polegać na realizacji instalacji elektrycznych i teletechnicznych w szkole podstawowej w Ż. we współpracy z firmą (...), która miała być wykonawcą zamówienia. Powód podkreślał, że realizacja zamówienia na rzecz pozwanej byłaby bardziej opłacalna i stąd decyzja o nie złożeniu oferty dla Samsung na podwykonawstwo. Z uwagi na uczestnictwo w postępowaniu przetargowym ogłoszonym przez pozwanego, powód nie zawarł umowy, ani nie złożył oferty do Samsung.

Nawet przy tak zmienionej podstawie faktycznej powództwa w zakresie szkody, powód i tak nie wykazał należytej inicjatywy dowodowej. Powód nie złożył żadnych dokumentów prywatnych np. wymiany pism, czy maili z Samsungiem, które potwierdzałyby, że takie zamierzenie inwestycyjne było w planach powoda. Nie wnioskował, by Sad zwrócił się do firmy (...) o podanie informacji na temat realizacji tej inwestycji i podwykonawstwa, które miał realizować powód. Powód także musiałby wykazać, że miał realne szanse na uzyskanie tego podwykonawstwa i realizację umowy na terenie inwestycji w Ż..

Trzeba zaznaczyć, że strona powodowa w czasie zeznań nie potrafiła w ogóle podać również wartości tej realizacji podwykonawczej, jedynie zaznaczyła, że marża na robotach teletechnicznych jest niższa, niż marża na robotach reklamowych i wynosiła około 200-300 tysięcy złotych. Natomiast, gdyby nie doszły dodatkowe koszty, to na umowie z pozwaną zysk był około 500 tysięcy złotych, z tym że zysk ten dzielony był pomiędzy powoda i jego podwykonawcę firmę (...), ale powód nie pamiętał w jakiej proporcji. Powód zaznaczył, że wyliczenie podziału zysku pomiędzy powoda i (...) robił S. (Tantal) i R..

Jak wynika z powyższego, obliczenie szkody przy tak wskazanej podstawie faktycznej przez samą stronę powodową w zeznaniach, z uwagi na braki w materiale dowodowym nie było możliwe.

Trafnie podnosił pozwany, że składane przez powoda wnioski dowodowe oraz przeprowadzone dowody zmierzały do wykazania istnienia zupełnie innej szkody - polegającej na nieuzyskaniu korzyści w postaci zysku z realizacji kontraktu, jaki mógł być zawarty w wyniku przeprowadzonego przez pozwaną postępowania przetargowego. Jednak i w odniesieniu do tej szkody zaznaczyć należy, że powód nie wykazał nawet prawdopodobieństwa jej wystąpienia, ani wysokości. Zeznania świadka - podwykonawcy M. S. (firma (...)) potwierdziły oświadczenie powoda o wysokości marży w reklamie - 30 -40 % wartości kontraktu - i wskazały, że cały przewidywany zysk w wysokości 500 tysięcy złotych w postępowaniu przetargowym przeznaczony był dla firmy (...), pozostała kwota obejmowała koszty realizacji reklamy, które wykonywane miały być przez Tantal - powód wykonywać miał jedynie prace polegające na montażu i serwisie monitoringu (urządzenia również zakupywane były od podmiotów trzecich). Zeznania świadka w tym zakresie są spójne i niesprzeczne z twierdzeniami powoda, a nadto znajdują potwierdzenie w okoliczności bezspornej pomiędzy stronami, a mianowicie różnicy pomiędzy wysokością oferty w pierwszym postępowaniu i drugim postępowaniu. Trudno zatem rzeczywiście nawet szacunkowo podać, jakie korzyści mógłby powód osiągnąć z kontraktu z pozwanym, a bez opinii biegłego nawet pobieżny szacunek jest niemożliwy.

Szansę powoda na pełną realizację kontraktu powinna być również oceniona przez biegłego przy założeniu, że zawarłby umowę z pozwanym i sam pozwany z uwagi na zmianę sytuacji biznesowej byłby zainteresowany kontynuacją umowy, bowiem sam powód zaznaczył, że nie brał udziału w innych przetargach oprócz opisanego w pozwie ani przed ani po, oraz że nie zawierał umów z kontrahentami w ostatnim okresie. Swój zasadniczy potencjał w realizacji kontraktu

opierałby na swoim podwykonawcy firmie (...). Zatem w i w tym zakresie powód musiałby złożyć dodatkowe dokumenty dotyczące sytuacji tego przedsiębiorcy w latach 2012-2015, czego w ogóle nie zrobił.

Na rozprawie w dniu 7 grudnia 2017r. Sąd oddalił wniosek pełnomocnika powoda o jej odroczenie z uwagi na sytuację zdrowotną pełnomocnika, bowiem nie została ona wykazana zaświadczeniem od lekarza sądowego ani na terminie rozprawy, ani ostatecznie do wyrokowania, a na rozprawie nie przeprowadzano czynności dowodowych, natomiast wystąpienie pełnomocnika powoda przed wyrokowaniem w terminie publikacyjnym mogło zastąpić w formie pisemnej w postaci głosu do protokołu rozprawy. W głosie wprawdzie strona wносиła o otwarcie rozprawy na nowo, ale wskazane przez nią okoliczności nie mogły być takową podstawą.

Sąd Okręgowy zważył, co następuje:

Powództwo okazało się bezzasadne.

Pozwem datowanym **na 5 stycznia 2017** roku powód wniósł o zasądzenie na swoją rzecz od pozwanego kwoty 500.000 zł z odsetkami ustawowymi od dnia 2 maja 2012 roku do dnia zapłaty tytułem naprawienia szkody w postaci utraconych korzyści, której powstanie wiąże z zaniedbaniami pozwanego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które doprowadziło do wyboru oferty (...) S.C. M. G. (1), P. K. (1), zamiast oferty powoda. Utracone korzyści powód wyliczył, odwołując się do wynagrodzenia, które wskazał w złożonej przez siebie w postępowaniu przetargowym ofercie (37.380 zł netto miesięcznie) i okresu na jaki zawierana była umowa o zamówienie niepubliczne (42 miesiące), twierdząc, że czysty zysk z tytułu realizacji przez niego zamówienia wyniósłby 500.000 zł ($37.380,00 \times 42 = 1.569.960$ zł netto - jakiś koszt(?) = 500.000 zł). Odsetek powód domagał się od dnia następującego bezpośrednio po dniu dokonania przez pozwanego wyboru oferty (...).

Powód upatrywał źródła szkody w zaniedbaniach pozwanego sprowadzających się do:

uznania, że wykonawca (...) spełnił wszystkie wymagania postępowania przetargowego, podczas, gdy w ocenie powoda, wykonawca ten wpłacił wadium po upływie terminu ofert,

- nieuprawnionego wyboru oferty wykonawcy, który wpłacił wadium po upływie terminu składania ofert i winien być z tego powodu wykluczony, zamiast oferty powoda,
- niemożności zrealizowania zamówienia przez (...) od strony technicznej.

Jednocześnie powód twierdził, że dotarł do dokumentacji audytu, z której jednoznacznie wynika, że zwycięzcą przetargu powinien być powód.

Jak wynika z powyższego, podstawa prawna powództwa sprowadza się do odpowiedzialności deliktowej pozwanego.

Zgodnie z art. 416 k.c. osoba prawna jest obowiązana do naprawienia szkody wyrządzonej z winy organu.

Ustawodawca w przepisie tym wprowadza odpowiedzialność za czyn własny osoby prawnej, opartą na zasadzie winy organu. Przesłankami tej odpowiedzialności są: szkoda, czyn sprawcy (organu osoby prawnej) noszący znamiona winy oraz związek przyczynowy pomiędzy tymże czynem, a szkodą. Zgodnie z treścią art. 6 k.c. ciężar dowodu powyższych przesłanek spoczywa na powodzie.

Pojęcie winy nie zostało w normatywny sposób zdefiniowane. Wina niewątpliwie jednak odnosi się do sfery zjawisk psychicznych sprawcy, wobec czego określa się ją jako znamię podmiotowe czynu. Pojęcie winy musi też uwzględniać dwa integralne elementy składowe o charakterze obiektywnym i subiektywnym. Element subiektywny to szeroko rozumiana bezprawność postępowania. Zachowanie sprawcy musi być obiektywnie nieprawidłowe, czyli musi naruszać jakieś reguły, zakazy czy nakazy. Nie chodzi tu przy tym wyłącznie o naruszenie powszechnie obowiązujących norm prawnych, ale także o zachowania przekraczające potrzebę ostrożności wymaganej przez zasady współzycia między ludźmi. W takiej sytuacji możemy mówić o przedmiotowej niewłaściwości postępowania i postawić z tego

tytułu zarzut, skierowany przeciwko działającemu. Element subiektywny to wadliwość zachowania się sprawcy, dotycząca strony podmiotowej. Jest to więc niewłaściwość zachowania się związana z momentem przewidywania i momentem woli. Sprawcy stawiamy tutaj zarzut, że podjął on i wykonał niewłaściwą decyzję lub też że nie uczynił tego co należało, choć mógł powinien to zrobić. Przez winę rozumie się więc naganną decyzję człowieka, odnoszącą się do podjętego przez niego bezprawnego działania. Na gruncie odpowiedzialności kontraktowej, ale i deliktowej tradycyjnie wyróżnia się winę umyślną oraz niedbalstwo równoznaczne z winą nieumyślną. Z winą umyślną mamy do czynienia wówczas, gdy dłużnik wbrew obciążającemu go obowiązкови, działa lub dopuszcza się zaniechania w zamiarze wyrządzenia wierzycielowi szkody, a więc chce aby ona powstała lub przewidując taką możliwość godzi się na to. W przypadku niedbalstwa dłużnik co prawda nie chce wyrządzić szkody, ale w rzeczywistości do niej doprowadza przez to, że nie dochowuje należytej staranności, chociaż powinien i mógł postąpić prawidłowo. W sytuacji, gdy uchybienia dłużnika są bardzo poważne i wysoki jest stopień naganności jego postępowania mówi się o tzw. rażącym niedbalstwie.

Kolejną przesłanką warunkującą odpowiedzialność deliktową w kontekście art. 415 k.c. jest **istnienie związku przyczynowego** między zawinionym działaniem, a wyrządzoną przez dłużnika szkodą.

W myśl art. 361§1 k.c. zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Przepis ten wyraża zasadę przyczynowości, ograniczonej do przypadków normalnego związku przyczynowego (normalne następstwa).

Przepis art. 361 § 1 k.c. ujmuje związek przyczynowy pomiędzy działaniem lub zaniechaniem zobowiązanego a powstałym skutkiem w postaci szkody jako konieczną przesłankę odpowiedzialności odszkodowawczej. Unormowanie zawarte w tym przepisie opiera się na założeniach tzw. teorii przyczynowości adekwatnej, zgodnie z którą związek przyczynowy zachodzi wtedy, gdy mamy do czynienia ze skutkiem stanowiącym normalne następstwo określonej przyczyny, a przyczyna ta normalnie powoduje tenże skutek. Dla przyjęcia istnienia związku przyczynowego jako przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej nie jest wystarczające stwierdzenie istnienia związku przyczynowego jako takiego. Konieczne jest stwierdzenie, że chodzi w danym przypadku o następstwa "normalne", czyli oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, typowe według stanu wiedzy o związkach przyczynowych towarzyszących różnym zjawiskom, nie będące rezultatem jakiegoś wyjątkowego zbiegu okoliczności. Ocena, czy skutek jest normalny, czy też wyjątkowy, powinna być oparta na całokształcie okoliczności sprawy oraz wynikać z zasad doświadczenia życiowego i wiedzy naukowej, specjalnej (por. wyrok SN z dnia 18.04.2001 I PKN 361/00 , OSNP 2003/3/62).

Istnienie związku przyczynowego jako zjawiska obiektywnego determinowane jest określonymi okolicznościami faktycznymi konkretnej sprawy i dlatego istnienie związku przyczynowego bada się w okolicznościach faktycznych określonej sprawy. W pierwszej kolejności należy przy pomocy testu "conditio sine qua non" zbadać, czy pomiędzy określonymi elementami sytuacji faktycznej w ogóle zachodzi jakakolwiek obiektywna zależność, a zatem, czy badany skutek stanowi obiektywne następstwo zdarzenia, które wskazano jako jego przyczynę. Jeśli odpowiedź jest negatywna, to znaczy, jeśli badany skutek nastąpiłby również, mimo nieobecności tej "przyczyny", należy stwierdzić, że nie występuje żaden obiektywny związek przyczynowy i nie ma potrzeby dalszego badania, czy występuje związek przyczynowy "adekwatny" w rozumieniu art. 361 § 1 k.c. Konieczność badania "normalności" związku przyczynowego, a więc przesłanki odpowiedzialności z art. 361 § 1 k.c., występuje bowiem tylko wówczas, gdy między badanymi zjawiskami w ogóle istnieje obiektywny związek przyczynowy. Sąd Najwyższy przyjął, iż te same zasady należy odnieść do badania tak zwanego pośredniego związku przyczynowego. Także w sytuacji, gdy pewne zdarzenie stworzyło warunki powstania innych zdarzeń, z których dopiero ostatnie stało się bezpośrednią przyczyną szkody, odpowiedzialność cywilna może determinować tylko taki związek wielocłonowy, w którym pomiędzy poszczególnymi ogniwami zachodzi zależność przyczynowa we wskazanym rozumieniu i każde ogniwo tego związku z osobna podlega ocenie z punktu widzenia kauzalności (por. wyrok SN z 14 marca 2002r. , IV CKN 826/00 LEX nr 74400, wyrok SN z 26 stycznia 2006 r. II CK 372/05, LEX nr 172186).

A zatem zawarte w art. 361 § 1 k.c. uregulowanie obejmuje tzw. adekwatny związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem sprawcy a wywołaniem szkody u poszkodowanego, co wyraża się tym, że odpowiedzialność sprawcy

dotyczy tylko skutków typowych, nie zaś wszelkich skutków, które w ciągu zdarzeń, jakie nastąpiły, dają się z punktu widzenia kauzalności połączyć w jeden łańcuch.

W świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego typowym jest skutek, jaki daje się przewidzieć w zwykłym porządku rzeczy, taki, o którym, na podstawie zasad doświadczenia życiowego, wiadomo, że jest charakterystyczny dla danej przyczyny jako normalny rezultat określonego zjawiska. Nie mieści się w płaszczyźnie adekwatnego związku przyczynowego skutek, który wprawdzie daje się łączyć z określonym zdarzeniem początkowym w sensie oddziaływania sprawczego, ale jest następstwem nietypowym, tj. nie występującym w kolejności zdarzeń, która charakterystyczna jest dla określonej przyczyny i przez to nie dającym się uwzględnić w ewentualnych przewidywaniach, a zarazem zależny jest w istocie od innych zdarzeń, które w zbiegu z przyczyną wyjściową jawią się jako przypadkowy zbieg okoliczności (wyrok SN z 18 maja 2000 r., III CKN 810/98, LEX nr 51363).

Przechodząc do kwestii szkody, jako kolejnej przesłanki z art. 415 k.c. zauważyć należy, że brak jest ustawowej definicji szkody. Nie sposób też omówić wszystkich koncepcji szkody opracowanych w doktrynie, jednak charakterystyczne jest mianowicie to, że w judykaturze od dawna wyraźnie widać tendencję do odchodzenia od klasycznego i tradycyjnego rozumienia szkody, zgodnie z którym szkoda to uszczerbek majątkowy w dobrach poszkodowanego, powstały wbrew jego woli. Szkodą jest uszczerbek majątkowy w prawnie chronionych dobrach majątkowych, wyrażający się w różnicy między stanem tych dóbr, jaki istniał i jaki mógłby istnieć w normalnym toku rzeczy, a stanem jaki powstał na skutek zdarzenia wywołującego zmianę w postaci uszczuplenia aktywów lub zwiększenia pasywów (tak SN w orzeczeniach z 15 listopada 2001 r., III CZP 68/01, z 16 maja 2002 r., V CKN 1273/00, opubl. „Izba Cywilna” 12/02 str. 40 oraz z 18 maja 2004 r., III CZP 24/04, opubl. OSNC 7-8/05 poz.117).

Szkodę majątkową wyraża się więc w postaci tzw. teorii różnicy. Porównuje się aktualny stan majątkowy osoby poszkodowanej, z hipotetycznym stanem majątkowym poszkodowanego, który by istniał, gdyby nie nastąpiło zdarzenie powodujące szkodę. Teoria różnicy pozwala też na odnalezienie związków pomiędzy różnymi elementami majątku. Jej kompleksowy charakter polega na tym, że bierze się pod uwagę szkodę odniesieniu do całości majątku. Bez zmian pozostało to, że szkoda przejawia się w dwóch postaciach: jako szkoda rzeczywista (damnum emergens) i utrata korzyści (lucrum cessans). Pierwsza postać szkody obejmuje zmniejszenie się aktywów lub powiększenie pasywów. Druga postać szkody oznacza stan, w którym aktywa nie ulegają powiększeniu, a pasywa pomniejszeniu.

Sposób naprawienia szkody został określony w art. 363 § 1 k.c. Poszkodowany ma tutaj wybór, czy żądać przywrócenia stanu poprzedniego, czy też zapłaty odpowiedniej sumy pieniężnej. W pierwszej kolejności następuje restytucja naturalna, ale jeżeli jest to niemożliwe w grę wchodzi świadczenie pieniężne.

Wysokość odszkodowania zależy od dwóch czynników. Po pierwsze jest to miernik jaki przyjmują się dla określenia wysokości szkody. Po drugie znaczenie ma chwila, jaką uważa się za odpowiednią do przeprowadzenia wyliczenia. Miernikiem wartości szkody są obowiązujące ceny, czyli decyduje wartość rynkowa rzeczy. Zgodnie z art. 363 § 2 k.c. jeżeli naprawienie szkody ma nastąpić w pieniądzu, wysokość odszkodowania powinna być ustalona według cen z daty ustalenia odszkodowania, chyba że szczególne okoliczności wymagają przyjęcia za podstawę cen istniejących w innej chwili. Poza tym odszkodowanie ustala się według stanu na dzień wyrządzenia szkody.

Jak wynika z powyższego, w sprawie o naprawienie szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym konieczne jest, by powód wskazał na szkodę, którą poniósł oraz pozostające z nią w adekwatnym związku przyczynowym zdarzenie będące jej źródłem. Zdarzenie to musi być działaniem lub zaniechaniem pozwanego albo osób, za które pozwany odpowiada, dającym się zakwalifikować jako bezprawne, a czasami także - w zależności od podstawy odpowiedzialności - jako zawinione (wyr. SN z dnia 20 września 2013 roku, II CSK 703/12, Lex nr: 1383075).

Odnosząc się do zarzutu przedawnienia roszczenia z deliktowego należy wskazać, że zgodnie z art. 442 § 1 zd. 1 k.c. - bieg trzyletniego terminu przedawnienia roszczenia deliktowego rozpoczyna się z chwilą dowiedzenia się przez poszkodowanego o szkodzie. Szkoda może powstać jednocześnie ze zdarzeniem, które je w ostatecznym rezultacie wywołało tj. z czynem niedozwolonym, albo też w późniejszym czasie. Roszczenie o naprawienie szkody powstaje z chwilą jej nastąpienia, dlatego dopóki nie nastąpi szkoda bieg terminu przedawnienia nie może się

rozpocząć. Na gruncie omawianego przepisu istotny dla określenia początku biegu przedawnienia jest jednak moment dowiedzenia się o szkodzie, a nie moment jej powstania. Dowiedzeniem się o szkodzie jest moment, gdy poszkodowany „zdaje sobie sprawę z ujemnych następstw zdarzenia wskazujących na fakt powstania szkody, gdy ma świadomość doznanej szkody” (uchwała 7 sędziów SN, z dnia 11 lutego 1963 r., III PO 6/62, OSNCP 1964, poz. 87). Późniejsze zmiany szkody, która powstaje jako skutek czynu niedozwolonego nie mają znaczenia dla określenia terminu przedawnienia.

Trzyletni termin przedawnienia rozpoczyna się dopiero wówczas, gdy świadomość poszkodowanego odnośnie do przysługującego mu roszczenia obejmuje wszystkie jego konstytutywne elementy, to jest jeżeli nadto znana jest mu osoba sprawcy oraz związek przyczynowy między działaniem sprawcy a powstaniem szkody. Wiedza poszkodowanego odnośnie przesłanki związku przyczynowego powinna pochodzić z kompetentnych źródeł. Jak stwierdził Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 17 listopada 1967r., (OSNCP 1968 r., nr 7-8, poz. 146), przesłanka ta jest spełniona, jeśli poszkodowany poweźmie z kompetentnych źródeł informację o istnieniu schorzenia -jako następstwie określonego zdarzenia, a więc także przyczynach, który mogły je wywołać. W razie przedawnienia się roszczenia o naprawienie szkody w następstwie upływu trzyletniego terminu określonego w zdaniu 1 § 1 art. 442 k.c., jego zdanie drugie w ogóle nie ma zastosowania.

W okolicznościach niniejszej sprawy powództwo wytoczone zostało po upływie trzyletniego terminu przedawnienia z art. 442 § 1 zd. 1 k.c., liczonego od jeśli nie od maja 2012r. (wybór oferty konkurenta powoda), to przynajmniej od końca lipca 2017r. , gdzie były już znane wyniki audytu wewnętrznego u pozwanego. Pozew został wniesiony 5 stycznia 2017r. (ponad 4 lata).

Nie doszło w ocenie Sądu, do przerwania biegu przedawnienia poprzez wezwanie do próby ugodowej przed Sądem Rejonowym dla Łodzi –Śródmieścia w Łodzi. Zgodnie z art. **123 § 1 pkt 1 k.c.**, bieg przedawnienia przerywa się przez każdą czynność przed sądem lub innym organem powołanym do rozpoznawania spraw lub egzekwowania roszczeń danego rodzaju albo przed sądem polubownym, przedsięwziętą bezpośrednio w celu dochodzenia lub ustalenia albo zaspokojenia lub zabezpieczenia roszczenia. Przy spełnieniu pewnych warunków za taką czynność przed sądem można uznać złożenie wniosku o zawiązanie do próby ugodowej, czyli wszczęcie postępowania pojednawczego uregulowanego w art. **184-186 k.p.c.**

W doktrynie i orzecznictwie bezspornie przyjmowana jest zasada, że wszczęcie postępowania pojednawczego przerywa bieg terminu przedawnienia. Wniosek o zawiązanie do próby ugodowej ma na celu ugodowe załatwienie stosunków prawnych między stronami. Czynność tę ocenia się jednoznacznie jako czynność zmierzającą bezpośrednio do zawarcia ugody, a więc do ustalenia oraz zaspokojenia roszczenia (por. M. Mataczyński, M. Saczywko w: Kodeks Cywilny Tom I, Komentarz, red. Gutowski 2016, wyd. 1, Legalis).

W orzecznictwie Sądu Najwyższego przyjmowana jest jednolicie zasada, że w odniesieniu do pierwszego zawiązania do próby ugodowej ze strony uprawnionego nie ma wątpliwości, iż jest ono czynnością podjętą w celu dochodzenia roszczenia lub ustalenia roszczenia (por. wyrok SN z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. V CSK 274/13; postanowienie SN z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. VCSK 586/13; wyrok SN z dnia 25 listopada 2009 r., sygn. II CSK 259/09; wyrok SN z dnia 28 stycznia 2016 r., sygn. III CSK 50/15; wyrok SN z dnia 19 lutego 2016 r., sygn. V CSK 365/15).

W wyroku z dnia 8 czerwca 2006 r., sygn. III CZP 42/06, Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że zawiązanie do próby ugodowej na podstawie art, 184 i n. k.p.c. przerywa bieg terminu przedawnienia na podstawie art. 123 § 1 pkt 1 k.c.

Sąd Najwyższy wskazał nawet, że nie ma racjonalnych podstaw do przyjęcia wykładni, iż drugie (czy kolejne) zawiązanie do próby ugodowej nie zmierza bezpośrednio w celu wskazanym w art. 123 § 1 pkt 1 k.c., a celem takiego kolejnego zawiązania zawsze będzie jedynie przerwanie biegu terminu przedawnienia. Sąd podkreślił, że stanowisko judykatury, iż pierwsze zawiązanie do próby ugodowej przerywa bieg terminu przedawnienia nie przesądza w jakimkolwiek stopniu o wystąpieniu lub braku wystąpienia tożsamego skutku prawnego w odniesieniu do kolejnego zawiązania do próby ugodowej. Tym samym brak jest podstaw do formułowania generalizujących ocen, że celem

każdego kolejnego zawezwania do próby ugodowej jest jedynie przerwanie biegu terminu przedawnienia. (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2016 r., sygn. V CSK 365/15).

Jak wynika z powyższego samo złożenie wniosku co do zasady będzie przerywało bieg przedawnienia, ale wezwanie powinno mieć na celu rzeczywiście doprowadzenie do zawarcia ugody, a nie jedynie przerwanie biegu przedawnienia. Złożenie wniosku o zawezwanie do próby ugodowej w sytuacji, kiedy wierzyciel ma świadomość, **że taka ugoda nie zostanie zawarta**, nie może być uznane za podjęcie czynności zmierzającej bezpośrednio w celu realizacji roszczenia, a zarazem - biorąc pod uwagę treść art. 123 § 1 pkt 1 k.c. - nie przerywa biegu przedawnienia. Nie można przeoczyć, że w sprawie o sygnaturze akt (...) adwokat I. S. na posiedzenie w dniu 3 kwietnia 2014r. stawiała się bez należytego umocowania i takiego braku w ogóle nie uzupełniła, co spowodowało zgodnie z nałożonym rygorem pominięcie czynności dotychczas przedsięwziętych. Zatem na posiedzeniu wzywający do ugody w ogóle nie był obecny. W konsekwencji należy uznać, że nie było racjonalnych podstaw do przyjęcia, iż zawezwanie do próby ugodowej, będzie czynnością przedsięwziętą w celu określonym w art. 123 § 1 pkt 1 kodeksu cywilnego, tj. dającą realną szansę na zawarcie ugody, a nie zmierzającą wyłącznie do przerywania biegu przedawnienia.

Podniesienie zarzutu przedawnienia przez pozwanego nie jest przy tym sprzeczne z zasadami współzycia społecznego i nie stanowi nadużycia prawa (art. 5 k.c.).

Uwzględnienie przedawnienia roszczenia następuje na zarzut (art. 117 § 2 k.c.), co oznacza, że podmiot powołujący się na przedawnienie czyni użytek ze swojego prawa podmiotowego, które podlega ocenie z punktu widzenia instytucji nadużycia prawa. Stosowanie art. 5 k.c. w odniesieniu do przedawnienia roszczeń jest niezbędne w celu rozstrzygnięcia kolizji dóbr prawnych: z jednej strony pewności obrotu i stosunków cywilnoprawnych, a z drugiej prawa poszkodowanego do ochrony (por. wyrok SN z dnia 8 listopada 2002 r., III CKN 1115/00, niepubl.; M. Pyziak-Szafnicka (w:) System prawa prywatnego. Prawo cywilne – część ogólna, pod red. M. Safjana, Warszawa 2007, s. 808). W rozpoznawanej sprawie nie można bowiem abstrahować od tego, że powód jest osobą spółką – osobą prawną, korzystał z pomocy prawnika, profesjonalnie od kilku lat uczestniczy w obrocie gospodarczym.

Gdyby nie podzielić poglądu o przedawnieniu roszczenia, to brak jest też podstaw do uwzględnienia powództwa w oparciu o przesłanki **dotyczące odpowiedzialności deliktowej na gruncie art. 416 k.c. do oceny działań strony pozwanej. Należy podnieść, że powód nie udowodnił wyrządzenia** mu przez pozwanego szkody opisanej w pozwie, ani też jej wysokości, o czym mowa była w ocenie dowodów, ani też że miał szansę na realizację kontraktu nie tylko z uwagi na własny potencjał przedsiębiorstwa oraz potencjał przedsiębiorstwa podwykonawcy, a dodatkowo nie zaszłyby okoliczności, które podnosił pozwany, a których powód nie kwestionował, a mianowicie, że pozwany nie był zainteresowany kontynuacją umowy, i do jej realizacji i tak by nie doszło. Zresztą jak wynika z materiału dowodowego i stanowiska pozwanego nie podnoszonego przecież na użytek tej sprawy, ale już wyrażanego w pismach kierowanych do konkurenta powoda w drugiej połowie 2012r. , pozwany zgodził się bezproblemowo na odstąpienie od umowy przez wykonawcę i nie naliczał kar umownych.

Poza sporem powinno być natomiast bezprawne działanie pozwanego i to z winy jego organu, zresztą potwierdzone wynikami audytu. Natomiast argumenty pozwanego, że i tak oferta powoda nie powinna być wybrana, nie mają większego znaczenia dla rozstrzygnięcia. Pozwany wskazywał, że wbrew twierdzeniom powoda, z dokumentacji postępowania nie wynika, że zwycięzcą przetargu powinna być powodowa spółka. Nie świadczą o tym dokumenty dotyczące audytu wewnętrznego odnoszące się wyłącznie do analizy oferty (...) (analizy oferty powoda i jej załączników w ogóle nie dokonano w ramach audytu). W szczególności wykazania tej okoliczności - mogącej stanowić podstawę do powstania domniemania faktycznego wpływającego na zmianę ciężaru dowodu - nie stanowi wzmianka audytora, odnosząca się do ceny skutków prawnych stwierdzonych przez tegoż. Konsekwencją prawną przeprowadzenia postępowania bez zastosowania ustawy pzp winno być jego unieważnienie przez zamawiającego w trybie art. 93 ust 1 pkt. 7 ustawy pzp bez dokonywania ponownego wyboru oferty. Zaniechania i czynności podjęte przez zamawiającego w ramach postępowania są bowiem takiej wagi i rodzaju, że nie istniała możliwość ich sanowania np. braki przewidziany ustawą pzp ogłoszeń. Wskazana przez audytora norma prawna wyraźnie tę możliwość wykluczała w przedmiotowym przypadku, bowiem, zgodnie z art. 94 ust. 3 ustawy pzp „jeżeli wykonawca, którego oferta została

wybrana, uchyla się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy, zamawiający może wybrać ofertę najkorzystniejszą spośród pozostałych ofert bez przeprowadzania ich ponownego badania i oceny, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania, o których mowa w art. 93 ust. 1., (w Postępowaniu istniały właśnie przesłanki unieważnienia - vide poniżej). Dokonanie ponownej oceny i wyboru oferty w postępowaniu, wzmiankowane przez audytora, prowadziłyby więc nie tylko do ponownego naruszenia ustawy pzp, ale jako takie wiązać mogłoby się z odpowiedzialnością kamą zamawiającego i wyborem oferty podlegającej odrzuceniu (na marginesie pozwany podkreślił, że niewykonanie zamówienia objętego postępowaniem i odstąpienie od umowy, oceniać należy w świetle ustawy pzp jako czynności naprawcze podjęte przez zamawiającego w zgodzie z ustawą pzp).

Pozwany podkreślił również, że w sytuacji działania zamawiającego zgodnie z normą art. 94 ust 3 pzp w zw .z art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy pzp - a więc podjęciem jedynej w pełni zgodnej z ustawą pzp czynności:

- zaktualizowałyby się hipoteza normy art. 93 ust. 4 ustawy pzp ograniczająca odpowiedzialność zamawiającego z tytułu unieważnienia postępowania do uzasadnionych kosztów uczestnictwa wykonawcy. Skoro zamawiający ma obowiązek rzetelnego i zgodnego z prawem (ustawą pzp) prowadzenia postępowania, to każde unieważnienie postępowania ze względu na jego wadę jest unieważnieniem, za które odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Pozwany podkreślał, że dokonując oceny czynności/zaniechań postępowania pod kątem zarzucanej przez powoda odpowiedzialności pozwanego, nie można jednak pominąć następujących okoliczności faktycznych, które dodatkowo niweczą jakkolwiek odpowiedzialność pozwanego z tytułu błędów w postępowaniu. Tak więc:

- cena oferty powoda przekraczała sumę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, która wynosiła 1 451 000 zł podczas, gdy cena ofertowa 1 569 960 zł (37 380 zł X 42 miesiące),

- dla porównania tych kwot należało przyjąć wartości netto bez uwzględnienia zamówień uzupełniających. Tym samym, w przypadku odrzucenia oferty (...) pozwany unieważniłby postępowanie- powód podlegał wykluczeniu wobec niezłożenia wadium a jego oferta dodatkowo odrzucenia wobec jej niezgodności z ustawą pzp i SIWZ,

- gwarancja ubezpieczeniowa powoda złożona jako wadium wystawiona została dla zabezpieczenia postępowania (...)/12/09, a nie postępowania (...)/12/23 (tym samym nie sposób uznać, że zabezpieczenie to zostało złożone, zabezpieczenie dotyczyło innego postępowania i gwarant nie wypłaciłby w związku z naruszeniem postępowania na żądanie pozwanego żadnej kwoty z gwarancji wadialnej), niezłożenia wadium, z czym mamy do czynienia w niniejszej sprawie, skutkowałoby zaś wykluczeniem powoda i w konsekwencji uznaniem jego oferty za odrzuconą; dodatkowo gwarancja ubezpieczeniowa powoda złożona jako wadium nie została oznaczona zgodnie z wymaganiami SIWZ część 12 wadium pkt 3.1. („na dokumencie potwierdzającym wniesienie wadium powinna być zawarta informacja w postaci zapisu : „Wadium, postępowanie (...)”). Błędne oznaczenie lub nieoznaczenie dokumentów ofertowych zgodnie ze wskazaniem SIWZ powoduje jej niezgodność z SIWZ. Nadto, zgodnie z SIWZ - str. 7, pkt 6 ppkt 6.1 pppkt 7 zamawiający żądał wniesienia wraz z ofertą - kosztorysu ofertowego sporządzonego na podstawie dokumentacji projektowej. Taki kosztorys nie został złożony przez (...) co skutkuje niezgodnością oferty z SIWZ i w konsekwencji jej odrzuceniem.

Pozwany podniósł, że powyższe błędy mają charakter nieusuwalnych. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ stanowi podstawę odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy pzp, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ w sposób zasadniczy i nieusuwalny a z taką właśnie sytuacją mamy do czynienia w niniejszym przypadku (tak .m.in. (...) 26.01.2016, (...)/KD 10/16). Dodatkowo pozwany zaznaczył także, że oferta powoda dotknięta była również innymi błędami, w tym np.:

- oferta w przetargu (...)/12/23 została złożona na drukach z przetargu (...)/12/09 - jedyne co wskazuje na to, że chodzi o drugi przetarg to data złożenia oferty - 27.04.2012. Formularz oferty jest dokumentem, o którego „wymianę”/złożenia na nowo pozwany nie mógłby wnosić - zatem rozważyć należałoby odrzucenie oferty powoda jako złożoną nie do tego postępowania. Zgodnie z SIWZ str. 7 pkt 6 ppkt 6.1 pppkt 4 wykonawca

był zobowiązany złożyć polisę lub inny dokument ubezpieczenia potwierdzający, że wykonawca posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej, obejmujące co najmniej działalność związaną z przedmiotem zamówienia, w wysokości co najmniej 1.000.000 (jeden milion) zł. Powód nie złożył takiego dokumentu. Przedłożono jedynie aneks nr (...) do polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej Nr (...). Nie przedłożono pierwotnej polisy i aneksu nr (...), a zatem nie można ocenić jakiego zakresu zdarzeń dotyczy pierwotne ubezpieczenie, jaki jest katalog wyłączeń, etc. Po drugie ubezpieczenie wprost wskazuje, że dotyczy kontraktu z zamawiającym, a zatem jest to ubezpieczenie kontraktowe, a nie ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności. Dodatkowo to ubezpieczenie ma charakter warunkowy - o ile zostanie wybrana oferta (...) sp. z o.o. A zatem nie jest to taki rodzaj polisy, której żądał zamawiający na potwierdzenie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej w wysokości co najmniej 1.000.000 zł. Przedmiotowy brak powinien skutkować wykluczeniem powoda i uznaniem jego oferty za odrzuconą.

Pozwany podnosił, że wobec przeprowadzenia postępowania z rażącym naruszeniem ustawy pzp - w szczególności z jej pominięciem - samo postępowanie jak i każda zawarta w jego wyniku umowa (w tym również umowa lub umowa z powodem jako wykonawcą zamówienia (...)/12/23) zagrożone były kategorią sankcją nieważności. Zgodnie z art. 146 ustawy pzp ust. 1. umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający: (...) 2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich; (pозwany nie przekazał właściwego ogłoszenia Urzędowi Oficjalnych Publikacji WE). Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, (niniejszy przepis stał się bezprzedmiotowy wobec odstąpienia od Umowy, zawarcie umowy z powodem zaktualizowałoby zagrożenie, a nadto wiązałoby się odpowiedzialnością kamą pozwanego, również w związku z naruszeniem dyscypliny finansów publicznych). Podobnie sankcją nieważności dotknięte mogło być samo postępowanie, w tym także czynność wyboru wykonawcy zamówienia. Zgodnie bowiem z art. 93 ustawy pzp „zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

- cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty; (cena oferty powoda przekraczała kwotę, którą pozwany zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia i pozwany nie miał woli ani możliwości jej zmienić);
- wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
- postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. (Postępowanie zostało przeprowadzone z pominięciem ustawy pzp, bez wymaganych ogłoszeń, które mogło skutkować zwiększeniem się kręgu potencjalnych wykonawców oraz z naruszeniem innych przepisów ustawy pzp).

W myśl art. 91 ust. 1 ustawy pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zaś art. 7 ust. 1 ustawy pzp zobowiązuje zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Pozwany dalej podkreślił, że ziszczenie się przesłanki unieważnienia postępowania określonej w normie art. 93 ust. 1 ustawy pzp rodzi po stronie zamawiającego obowiązek unieważnienia postępowania (zob m.in. orzeczenie (...) z dnia 11 stycznia 2008 r., KIO/UZP 54/07, z dnia 19 marca 2012 r., KIO 459/12).

Pozwany podsumował dodatkową analizę własnego postępowania, że nawet biorąc pod uwagę za zasadne roszczenie powoda o naprawienie jakiegokolwiek szkody, której źródłem jest dokonanie wyboru i w konsekwencji zawarcie umowy z innym wykonawcą zamiast z powodem, to zarówno dokonanie samego wyboru jak i ewentualne zawarcie nowej

umowy z powodem następowaloby w ramach postępowania przeprowadzonego z rażącym naruszeniem ustawy pzp a więc zagrożonej nieważnością.

Jak wynika z szerokiej analizy dokonanej przez pozwanego co do toku postępowań przetargowych, to nie tylko audyt ale i ocena dokonana na użytek tej sprawy pokazała, jak rażąco bezprawne były działania pozwanego. Pozwany wielokrotnie naruszał Regulamin i ustawę o Zamówieniach publicznych, a nie dostrzegając własnych błędów przy ocenie oferty powoda i nie odrzucając tej oferty z przyczyn formalnych, które teraz podnosi, wręcz wprowadzał powoda w błąd co do ważności jego oferty, zupełności, spełnienia warunków formalnych, a nawet co do ewentualnych podstaw jego roszczeń. Powód w tym procesie dopiero dowiedział się o brakach formalnych drugiej oferty. Sama bezprawność działań pozwanego nie jest jednak wystarczająca przesłanką do zasądzenia odszkodowania, a prawo polskie nie przewiduje w takich przypadkach innej rekompensaty np., zadośćuczynienia za zmarnowany czas, zaangażowanie ludzi w przygotowanie ofert, dokumentów itp.

Mając na uwadze na uwadze powyższe, Sąd orzekł jak w sentencji wyroku.

O kosztach procesu Sąd orzekł na podstawie art. 98 k.p.c., obciążając nimi powoda jako stronę przegrywającą spór. Na koszty procesu należne pozwanemu złożyły się opłata od pełnomocnictwa 17zł, wynagrodzenie pełnomocnika w stawce podstawowej 10.800zł (rozporządzenie MS z dnia 22 października 2015r. - wersja od dnia 26 października 2016r. ; par. 2 pkt 7).

ZARZĄDZENIE

1. odpis wyroku z uzasadnieniem doręczyć pełnomocnikowi powoda,
2. uzasadnienie sporządzone przez sędziego.
3. Zwrócić powodowi (...) Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w K. z depozytu sądowego nr (...) z daty 15 listopada 2017r.- kwotę 5000zł (pięć tysięcy złotych) jako niewykorzystana zaliczkę na wynagrodzenie biegłego.